

訴訟上の請求

——その学説発展の系譜的考察——

中 村 宗 雄

I 序説

II 学説発展の系譜的考察

- 1 ザヴィニー 2 ウィンドシャイド 3 構成要件論

III 学説発展の系譜的考察（続）

- 1 ワッハ 2 ヘルウィック 3 シュタイン

- 4 法条競合と請求権競合論

あとがき

I 序 説 ——問題の所在——

訴訟上の請求（Prozessualer Anspruch）とはどのようなものか、またその範囲・個数・同一性等々、これ等はどのようにして決定されるのか。訴訟上の請求が訴訟上の概念であり、かつそれが訴訟の目的すなわち訴訟の対象であるということについては、現在のところ異論がありません。問題は訴訟上の請求の法的性格であります。それについては多くの異説があつて、あるいは実体法上の権利主張であるといい（例えばヘルウィック）、また法効果の主張であるという（例えばシュタイン）。またその他の主張もあつて、最近におけるいわゆる新訴訟物理論においては、ついにこれをもって裁判の要求だといっております。

このように訴訟上の請求が何であるかについて、現在まで多くの学説が入り乱れておるのでありますが、これを系譜的にみますと、第19世紀の後半、当時、体系的に私法学より独立した訴訟法学においては、私法上の請求権の

訴訟における主張であるという見解、いわゆる私法的訴権説が行なわれていたのであります。これに対して、その後さらに発達した訴訟法学においては、この主張にあき足らないで、当時における司法（権）制度の拡大強化を背景として私法上の請求権から脱離した純然たる訴訟概念としての訴訟上の請求概念を定立したのであります。この点は後に詳しく述べるつもりであります。

次に訴訟上の請求の範囲・個数、ないし同一性であります。これ等は、訴訟上の請求をもって訴訟対象とみる訴訟学説の抬頭と相關的に私法並びに訴訟法の立場から論ぜられたのでありまして、それは請求権競合ないしは法条競合の形において論ぜられたのであります。まず今世紀の始め、ヘルウィック、シュタインの時代において、訴訟上の請求、すなわち訴訟の目的（対象）の公式を設定することにより、あるいはそれと相關的に訴訟上の請求をもって純然たる訴訟概念に作り上げたのでありますが、ここに訴訟上の請求の範囲・個数・同一性とは、現実にその請求権を行使する場合において生ずる問題なのでありますから、実は、この訴訟の目的（対象）という観点から論じられるべきすじあいのものであります。しかして訴訟の目的が何であるかは、ドイツ普通法時代にさかのぼる純然たる訴訟法上の問題なのであります。

以上述べるが如く、本稿の問題は複雑なる系譜をもち、かつ多くの立場の学説がこれに加わっているのでありまして、これまで学説が紛糾し、帰一しないのは当然といひ得るのであります。まことに古くして新しい問題ということができましよう。

Ⅱ 学説発展の系譜的考察

実体法と訴訟法が、制度的すなわち法制上分離したのは、第19世紀の初頭、ドイツ各州において訴訟法典を編纂したことに始まるのであります。その訴訟法典の主なるものとしては、1769年のバイエルン裁判所法典、1793年のプロイセン普通裁判所法典等がありますが、他方また実体法が各州で編纂・制定されました。その主なるものとしては1791年のプロイセンの普通民法、並

びに 1793 年の一般州法、さらに下って 1803/4 年のフランス民法、1911 年のオーストリー民法等の制定がありました。これ等により実体法と訴訟法とは制度的に完全に分離したのであります。前述した 1791 年のプロイセン普通民法は、市民社会法典でありまして、前近代の性格のものでありますが、1803/4 年のフランス民法典と、1911 年のオーストリア民法典は、いずれも近代法典の嚆矢をなすものでありまして、これらはいわゆるインスティトゥチオネンシステムによる法典であります。インスティトゥチオネンシステムの法典は、アクチオに代り法典が総ての民事事件に関する法規範を定立することになりまして、インスティトゥチオネンシステム民法典の成立はアクチオネンシステムの法体系の分解を意味するのであります。

インスティトゥチオネンシステムの民法典は、具体的権利の体系を構成するのであります。それは、相手方に対して主張したる権利（具体的行為概念）であり、かつそれが満足せられない場合には、訴訟により請求し得る権利となるのであります。すなわち訴権となるのであります。すなわち実体法と訴訟法とは制度的には分離しておりますが、法体系的には、実体法体系に訴訟法体系が従属するのでありまして、訴訟は、実体法上の権利実現の場にとどまるということになるのであります。すなわち、実体法と訴訟法とは分離しておるが、訴訟法は実体法に従属するのであって、全体としては、まさにアクチオ制そのものであります。メートランドは、1875 年に、イギリスにおける私法条例の制定により手続法上アクチオが解体せられたことに関連して「われわれは、アクチオ制を墓場に葬り去った。しかし彼等は墓場よりわれわれを支配している」(“The forms of action we have buried, but they still rulle us from their graves”) と、彼の名著エクイティー (Maitland, F. W., *Equity also the form of action at common law*, 1920, p.296) において叙述しているのであります。

この言葉は、インスティトゥチオネンシステムの彼の法典の下においてもなお当て嵌まる名言なのであります。この時代において、実体法と訴訟法とは、制度的に、またある程度法体系的に分離したが、アクチオ法理がなお両者に

跨って内在する。以前アクチオは、訴 *Klage* と独訳されていたのでありますが、第19世紀における近代的権利概念の定立とともに、アクチオの訴訟における機能を権利概念化して、訴権 *Klagrecht* という術語をこれに当て嵌めたのであります。現代的には、実体的訴権という意味であります。この意味における訴権という術語は、フランス民法、オーストリー民法等の実体法に、しばしば用いられておるのであります。

これに対し、*Anspruch* の術語は、アクチオの実体面を抽出した意味を表現する術語として現われたものと考え得べきものであります。すなわち、実体法上の権利を主張する、すなわち主張にアクセントをおいたものであります。実体法上の権利を意味する点において、法規範的概念であるが、主張するという点において行為概念であり、法律行為、訴訟行為であります。しかもインスティトゥチオネンシステムの下、これは抽象概念ではなくして具体概念なのであります。1793年のプロイセンの一般裁判所法、1911年のオーストリー民法典にいう *Anspruch*、またフランス民法典にある *demande* など総てこの意味のものであります。

1 ザヴィニー

ドイツには、当時民法典は制定されていませんでした。しかし第19世紀前半におけるドイツ普通法学は、著しく発達したのでありまして、これが集大成としてのザヴィニーの「現代ローマ法体系（全八巻）」（*Savigny, F. K. v., System des heutigen römischen Rechts, 8. Bde, 1840-49.*）というのであります。ザヴィニーは、この書第1巻序説において、現代私法は、法律関係の体系であり個々の具体的権利はそれから派生するという趣旨のことを述べています（*Bd.1, 1. u. 9. kap*）。次に、第2巻法律関係において、まづ法律関係の主体、法律行為など、法律関係に関する通則を述べ、次に法律関係の侵害と題して次のごとく云っております。私法により作られた法秩序 *Rechtsordnung* が侵害された場合、それを回復するのが訴訟法の領域に属する（*Bd.5, s. 1 u. 2*）。かくして法律関係すなわち法の体系を実体法体系と訴訟法体系とに分離

しております。まさにアクチオ制を分解したものであります。しかし続いてアクチオをもって訴権、訴と解し、その訴権をもって、権利、すなわち私権の変型（*metamorphose*）、ないし私権の侵害によりそれに附加せられたものと解しております。ところがこの訴権に変更し、または訴権が附加せられるところのものは、訴訟において審理せられる具体的権利なのでありますが、それは普通法上の権利、すなわちアクチオでありまして、彼のいうがごとき法秩序から派生せられた権利ではないのであります。ザヴィニーにおいては、実体法体系と訴訟法体系とは分離した、しかしなおアクチオ制が残存し、一般的法秩序およびそれより派生する権利は、理念すなわち唯名的存在、ないしアクチオの解釈理論にとどまるのでありまして、結局彼の理論は、インスティツチオネンシステムの法典下の理論の段階にあるのであります。ザヴィニーは請求 *Anspruch* の術語を使用しておりません。これは彼の理論体系では訴権の概念に包摂されているのであります。すなわち、実体法とは法律関係並びにそれから派生する権利の体系だとし、また訴訟をもって、その法律関係の侵害、ないし具体的権利の満足せられないことによる訴権、すなわちアクチオが成立するとするのであります（前述）。請求権はまさに訴権の内容をなしております（実体的訴権）。また彼は実体法学者でありますから、訴訟、すなわち権利侵害の章下にては、アクチオの実体面だけを述べていまして手続面については何等述べておりません。したがって行為概念としての請求概念をもち込む必要は、彼にはなかったわけであります。

ザヴィニーは、実体法と訴訟法とを体系的に分離したが、なおアクチオ法理がその背景に残存して、両体系を連結するのであります。すなわち法律関係の侵害は、具体的・個別的権利が満足されざることであり、それにより訴権、すなわち実体的訴権が発生するという、まさにアクチオ法理そのものである。しかし実体法と訴訟法とは体系を異にするのであるから、訴訟の領域における訴権をもって実体法上の権利の変形もしくは転成（*metamorphose*）とする（Bb. 5, s. 3）。それは訴権的モメントが実体法上の権利に内在することを

暗黙の前提とする所論に他ならないのであります。インスティットゥチオネンシステムの法典も、またこの理論的段階にあるといえましょう。例えばオーストリー民法に関するウンゲルの著書がよくそのことを示しております。なおフランス民法のごときは、訴権すなわちアクションそのものを民法典の各所において規定しております。例えば、パウリナ訴権などがそれであります。

2 ウィンドシャイド

アクチオから切り離した実体法の体系を整序するためには、実体法の体系から訴権のモメントの排除を必要とします。それはドイツ普通法学におけるアクチオの体系構成を打破し、新たな原理、たとえば権利の本質・性格・種類等々に基づき再構成することです。第19世紀の中葉において、ドイツ私法学の名においてその事業は、着々として進み、まづ1865年のパンデクテンシステムによるザクセン民法典が結実したのであります。

このようにして、訴権的モメントを排除した実体法体系がパンデクテンシステムに赴くなら、実体法と訴訟法との間に体系的な融合が困難となり、その間に断層を生じ理論的連結を欠くことになります。ウィンドシャイドは、その連結の媒体をアクチオの新解釈に求めたのであります。1856年「ローマ私法におけるアクチオ、現代法の立場より」(Windscheid, B., *Die Actio des Römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856)と題する論文において、アクチオは、ザヴィニーのいうがごとく権利侵害によって成立し、もしくは変形によって生ずる訴権と解すべきではなく、実体権としての *Anspruch* がこれに当て嵌まるという趣旨のことを述べております。しかして、この請求権をもって、当時一般に理解されていた相手方に何ものをかを要求すること、ないし権利と理解していたのであります。これは既に制度的に解体したアクチオの実体的核心ともみられるものでありまして、これをもって総ての権利の個別化された実現形式とすることにより、実体法と訴訟法との理論的連関をはかれるものであります。これに対しムーテルは、ザヴィニーに従い、アクチオをもって訴権と解すべきことを主張したのであります。

(Muther, Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestatio und Singularsuccession in Obligationen—Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs)。これはドイツ普通法の正統派理論ですが、これは実体法の体系をアクチオの体系となすものに他ならないのであります。当時、訴訟法学の領域において支持を受くるに止まったのであります。ウィンドシャイドの学説は、当時一般の了解を得るに困難いたしました。なんとすれば、その請求権という術語の意味があいまいだからであります。すなわち *Anspruch* という言葉は、一面において何ものをかを要求するという法規範的概念であります、他方その要求をば主張するという行為概念を含んでおるのであります。ザヴィニーは、むしろこの概念の二面性を利用してこの実体法体系と訴訟法体系とを繋ぐ、連結する媒体として、これを措定したといえるのであります。そこで *Anspruch* とは何ぞやということについて多くの反対があり、その後、この *Anspruch* は *Rechtsanspruch* 実体権の主張であるということも主張いたしました。*Rechtsanspruch* といえば実体訴権以外の何ものでもないのであります。当時、まだなおウィンドシャイドには、アクチオの思惟が残存しておったことを示すものであります。ウィンドシャイドの所説は1857年のアクチオ論（Windseheid, Die Actio—Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, 1857）以来、ムーテルとの論争を経て変化しておりますが、要するにその理論は、事実を捨象した抽象的権利、すなわち私権の体系を想定して、全私法体系をもって抽象的な権利、すなわち私権の体系だとする立場のものであります。まさにパンデクテンシステムのそれでありまして、1856年のアクチオ論は、この理論構成を暗黙の背景として、アクチオをもって私法上の請求権となしますと同時に、なおこれに訴訟面をとまなうことを認め、この請求権がその満足を拒絶されることにより、それ自身を訴権に構成する（s. 222）、という転成説であります。要するに、ドイツ普通法におけるアクチオの解釈、すなわち、アクチオとは裁判上の請求であるという命題を、実体法上の請求権と訴権とに分解したものに他ならないのであります。

ウィンドシャイドは、アクチオをもって単に抽象的権利だと解したのであるが、それではアクチオにおける権利追求面を欠くことになる。そして実体法体系と訴訟法体系を連結する媒体として不足することになります。その故に、アクチオ論において簡単ながアクチオの実行という形式的側面をとらえるならば、権利請求 *Rechtsanspruch* として現われるというておりました。しかしてムーテルの反駁により、この権利請求を前面に押し出して、アップウェールにおきましては、アクチオとは、ローマ法のもとでは、この権利請求に代わる表現であるとしております。ここにいう権利請求とは、ドイツ普通法におけるアクチオそのものでありまして、訴訟における実体的な権利主張に他ならないのであります。

その後ウィンドシャイドは、*Anspruch* を純然たる私法上の権利として定義いたしました。すなわちその名著パンデクテン (*Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts*) の第三版 (1870年) 第一巻に請求権とは他人に対し何ものをかを要求しうる、法により承認された権能と説明しております (s. 95)。このように請求権をもって抽象的概念たる私法上の請求権であるとしたのでは実体法体系と訴訟法体系とを連結するに不足いたします。さらに新たな理論がそれに加わらなければなりません。それは私法学におけるタートベシュタント理論 (*Tatbestandslehre*) なのであります (ウィンドシャイドは、*Anspruch* の定義として、本文にかかげるように純然たる抽象概念としての定義をかかげておりますが、さらに、別に、行為概念として、*Gerichtsanspruch* もしくは、*Rechtsanspruch* というがごとき言葉をも引き続き使っております。しかし後に、*Tatbestandslehre* が逐次固まるに従って、これ等の用語が削り去られて行ったのであります。

3 構成要件論

ウィンドシャイドは、パンデクテン第三版第一巻において、権利の発生・変更・消滅をもたらすタートベシュタントの個々のモメントが法律事実であるといっております (s. 154)。ここにいうタートベシュタントとは具体的

な事実であって、まさにそれは、フォン・リストの刑法論におけるタートベシュタントレーレの段階に対応するものであります。これは具体的権利の集積であるアクチオ制ないしインスティツチオネンシステムによる民法典のもとにおける条文に妥当する構成要件論であります。

しかし、さかのぼって考えますと、構成要件論は、普通法時代、刑法学の領域において罪体論（*corpus delicti*）から刑法典の解釈理論として発達してきたものであります。しかして刑法典は犯罪行為を対象とした刑罰をとまなう命令・禁令を内容としたものであります。われわれの行為の準則たるべき規範、すなわち文化規範（*ビンディング*）は刑法典の背後におかれておるのであります。これに対し私法は、本質的には社会規範それ自体であります。私法は、権利の体系であり、また自然法の体系であるという。民法典もその趣旨にて各条文を設けております。フランス民法しかり、オーストリー民法またしかり、刑法の構成要件論を受け入れるには、このような民法典の下においては体系的なギャップがあり、理論上の工作が必要であります。またドイツにおいては、1865年にはパンデクテンシステムによるザクセン民法典が制定・公布されたのであります。リスト的な具体的構成要件理論では、それに妥当しなくなっております。これ等に対し、まず第一の点は、民法の権利変動（発生・変更・消滅に関する規範、規定）を刑法におけるがごとく、指示規範化することでありまして、これは規範全体を仮言命題の形式において理解することでありまして、法律要件、すなわちウィンドシャイドのいう法律事実にあたる部分を前立、アンティシィデントにおき、よって生ずる権利変動、すなわち法効果を後立、コンセクエントとすることでありまして。しかして三段論法の論理操作により、前立の成立が証明されることにより後立が定言命題となんとすることでありまして。また第二の点、すなわちリストの具体的法律要件論は、インスティツチオネンシステム（例えば、フランス民法、オーストリー民法、ドイツ普通法等）には妥当するがパンデクテンシステムの民法典には妥当しないという点であります。ドイツ私法における構成要件理論はその後において著しき発達をとげまして、民法の分野に独自の発達をとげて、法規

範的法律要件理論にまで到達したのであります。

Ⅲ 学説発展の系譜的考察（続）

以上ウィンドシャイドの請求権理論は、アクチオの訴訟面を捨象し実体面をとらえてその本質としたものに他なりません。しかしてその請求の満足されないことにより訴権が発生するとなすのであるから、その理論の根底にアクチオの構成が残存するのであって、この法体系観に立つ訴訟法学の理論、すなわち訴訟学説は、私法的訴権説ということになります。この私法的訴権説によれば、訴訟は私権実行の場と見る以上のものではありません。それは既に制度的、またある程度法体系上、実体法体系から独立した当時の訴訟制度と訴訟法学のあるべき姿にそぐわないものであります。当時あたかもようやく体系を整えてきました公法学に打開の道を求めて、訴権をもって公法上の権利だとする公法的訴権学説が抬頭したのであります。これを主唱した最初の人、訴訟法学者ではなく実に公法学者ラーバント（Laband）であったのであります。訴権をもって公法上の権利となすことは、三権分割の法治国家機構の下、当然の主張といえましょう。しかし当時、この公法上の権利とする訴権と原告の被告に対する私法上の請求との間に理論的連関を見出すことができなかったものであります。したがって国家の裁判を求めるという無内容の、あるいはせいぜい国家は最高善という立場から、正しい裁判を求めるという裁判請求権、すなわち抽象的公権説の段階に低迷せざるを得なかったものであります。これはアクチオの解釈理論として、ムートルがウィンドシャイドに反駁すべく主張した実体的訴権とは本質的に異なるものであります。

この間、訴訟制度と訴訟法学の発達がありまして、ドイツ普通法末期の頃、現在、確認の訴とされるところのものは承認の訴（Anerkennungsklage）として、給付の訴の一種とせられたのでありますが、実は、給付の訴の類型に当て嵌まらない別個の独立なる訴の類型であることが論証せられました。さらに消極的確認の訴が認められるにいたって、私法的訴権説はついに学問的

生命を失なわざるを得なかったのであります。またその後、創設の訴が新たな訴の類型として加わったのである。これ等は、総て訴をもって私法上の請求権の行使であるとしたのでは説明のつかない問題なのであります。要するに民事訴訟は、私権実現の場であるが、そのみではない。訴訟の段階において具現せられる独自の機能もある。またパンデクテンシステムの民法論の構想する抽象的私法体系と具体的・個別的権利実現の場である「訴訟」を規定する訴訟法体系との間には、いよいよその間の断層を深め、これまでのアクチオ的構成を残存せしめた訴訟理論では、両体系を理論的に連結することがいよいよ絶望的とならざるを得ないのであります。

その時代である。1877年には、ドイツ旧民事訴訟法が制定せられ、また1898年には建国以来、いなそれ以前より問題であった全ドイツ民法典が制定せられた。これはパンデクテンシステムに編成せられたものである。パンデクテンシステムの民法典は、法の体系を抽象的な権利の体系だと構想する。

訴訟法学は、第19・20世紀の交において、ヘルウィック並びにシュタインにより新たな解決の途を開いたのであります。それは普通法時代、第19世紀の前半において普通法訴訟法学者によって深く検討せられた訴訟対象論を復活せしめ、さらにそれに加うるに18世紀後半においてプロイセン普通裁判所法にみられる、請求並びに請求原因（*Anspruch und Dessen Gründe*）の思想をも復活せしめ、さらに両者を連結するに新たな法規範的法律要件理論をもってしたのであります。

実体法と訴訟法は体系的に分離しても、アクチオ理論の残存する限り、訴訟法体系は実体法体系に従属して、両体系を連続するものとして私法的訴権説が行なわれます。しかし近代国家機構の充足に伴う訴訟制度の拡大強化は、訴訟を専ら私法上の請求権行使の場とのみ見ることができぬ段階に到達しております。また国家司法権の発動を求める訴権の発源を専ら私法上の権利に求める私法的訴権説は、近代の主権国家理論にそぐわぬ点が存するのであります。訴訟法学の分野においてこの両者につき反省が行なわれたのは、もとより

当然のなりゆきといえましょう。この二つの面、いずれがその他方を誘発する契機となったのかは、物の見方であります。むしろ相関的というべきでありましょう。しかし前者に対しては、訴権の発源、すなわち本質を公法関係に求める公法的訴権学説が発生し、また請求についてはその内包すなわち内容を拡大して、遂にはそれに訴訟法的性格を与える方向に赴いたのであります。しかもこの両者とも理論的に紆余曲折を経たのでありますが、その中心課題は、この両者をいかにして理論的に連結するかにあったといえるのであります。当時あたかも1877年の旧ドイツ民事訴訟法が制定せられました。それ以前、制定せられたハノーバー民事訴訟法典はフランス法系のものであり、ドイツ旧民事訴訟法は、このフランス法系とドイツ普通法系の相剋により一種の妥協立法として成立したものであるため、その用語も必ずしも統一しておりません。一種の妥協立法といえるものであります。この法典は、私法的訴権説の立場において規定せられたものでありまして、ドイツ普通法時代、訴の原因などといわれた「訴」を、大体において「請求」という術語に改めております。しかしその第230条第2項第2号に訴状の必要的記載事項として訴訟対象、請求の原因並びに一定の申立の三者を挙げております。この法律制定以後の訴訟法学は、常にこの法律の解釈理論をめぐって論争せられたのでありますが、前に述べた問題についての論争も、結局この法典の解釈を中心としたのでありますが、その解決の糸口をば、請求をもって訴訟対象すなわち訴訟の目的となすことに見出しております。この解釈は、ドイツ旧民事訴訟法2条（現58条）に訴訟対象の価格により裁判所の管轄すなわち事物管轄が定まるという条文に、規定上の根拠を求めているのであります。

1 ヲッハ

この1877年のドイツ旧民事訴訟法の制定を契機として、ドイツ民事訴訟法学界においては、多くの著書・論文が現われ論争を重ねたのでありますが、前述した総合理論の輪郭を、まずヲッハが描いたのであります。ヲッハは、訴訟法学の対象となるところのものを私法上の請求権ではなくして「訴訟法

上の請求」であるといいました。しかしてこの訴訟法上の請求は多義であり、少なくとも三つの意義をもつという。要約するならば、それは、(1)私法上の請求、すなわち訴訟対象 (2)判決の申し立、すなわち訴 (3)実体的訴権、すなわちドイツ普通法当時における権利請求、彼のいう権利保護請求権の三者であります。これは訴訟法上の請求の名の下に、訴訟対象、訴並びに権利請求の三者を統括するものでありますが、しかしいかにしてこれ等異質の概念である三者が訴訟法上の請求という一個の権利関係に統括されるのかという点について、何等説明を与えておりません。彼がラーバントに次いで主張するところの権利保護請求権説についてはありますが、デーゲンコルプは、ワッハの理論は二本足に立っておると酷評しております。それはワッハの理論の方法論的欠陥を指摘したものにはほかならないのであります。

ワッハは、訴訟法上の請求概念を中心としてその理論を構成したのでありますが、これに対し争訟の客体を中心とした学説が展開されました。1877年のドイツ民事訴訟法は、一種の妥協立法でありました結果、争訟の客体につきましても、その用語が統一せず、多くのところにおいて、この法典が私法的訴権説をとったので、「訴」を「請求」という用語に変えておる結果「争訟の客体」をば、「請求の客体」(Gegenstand des Anspruchs)と改めたのでありますが、しかしところによっては、相変らず「訴の対象」(Gegenstand der Klage)という用語も使われておりました。このように用語も統一せず、また場所により、それに付せられた意義を異にしておったのでありますが、いずれにせよそれ等は総て具体概念として使用されていたのであります。しかして訴状の必要的記載事項としては、請求の対象(Gegenstand des Anspruch)といいまして、通説は、これをもって「請求の目的物」を指すものとしております。しかして当時は、この解釈が一般化されておりましたが、しかし一部では、それと異なる学説も存したのであります。たとえば、ストルックマン・コッホ(Struckmann-Koch, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich)は、争訟の客体を「訴の原因」、すなわち「権利を根

抛づける事実」といい (s. 24), さらにプランク (Plank, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts) は争訟の客体は, 「訴の申立」と「訴の原因」とにより表示せられるとする (s. 28)。ガウプ (Gaupp, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich) は争訟の客体を法規範概念化して, 訴をもって「その確定もしくは実現を求める権利」すなわち請求権だとする (zu § 2 Anm. 2)。またラインケ (Reinke, Die deutsche Civilprozessordnung) は争訟の客体を同じく請求と規定するが, 後にこの請求に「訴の請求」Klageanspruchと名称を付して訴訟法的性格をもつことをば暗示したのであります (s. 29)。以上その当時における代表的なもの二, 三を挙げたのでありますが, その他数多くの学説が存します。しかしそれ等はいづれもなお全体的な統一せる理論を構造すべく未完成の域にあったのであります。しかしこれ等の学説を通じて, 訴訟における請求が私法上の請求そのものでなく, 訴訟法的性格がそれに加わり, それとは別個の意義をもつとの見解が有力となってきたのであります。訴訟法上の請求をもって訴訟対象とする理論であります。しかしてこの流れに沿う訴訟理論は, 今世紀の初めに至り, ヘルウィック, 続いてシュタインの手により大成せられたのであります。

2 ヘルウィック

ヘルウィックは, ワッハの権利保護請求権説を承継して大成せしめた。1900年にその名著「請求権並びに訴権」(Anspruch und Klagerecht)を公刊した。続いて1903年には「教科書」(Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts)第1巻, 1907年には同第2巻, 1909年には同第三巻第1分冊を発行し, さらに1912年に「ジステーム」(System des deutschen Zivilprozessrechts)第1巻を発行したのでありまして, これ等の各著書の発行に従いまして, その学説に変化を生じておりますので, ここではその最後に定着した学説の輪郭を述べることに致します。

ヘルウィックに至るまで, 訴訟において主張せられる権利を「訴訟法上の請求」と称しております。ヘルウィックは, ワッハに続き訴訟対象をもって

この訴訟法上の請求としたのでありますが、問題は、この訴訟法上の請求の性格、内容であります。1900年の請求権並びに訴権にては、一面それは「権利主張」であるとともに、他面「判決の要求」(Urteilsanspruch, Urteilsbegehren)であるとししました(s. 42)。なおこの段階では、アクチオ的思惟から脱却し切れなかったのであります。その後1903年の教科書第1巻において、「訴訟上の意義における請求」と改めました。しかし「訴えをもって提起したる請求」は、訴の類型にしたがい給付請求、確認請求、並びに創設請求、すなわち権利変更権 *Rechts-änderung* として形相するとします。これ等はいづれも実体権であるが、しかし民法上の請求、給付請求よりその内包が拡大されております。すなわち確認請求、創設請求がそれに加わる。またそれは訴訟においてのみ主張され得るがゆえに、その主張の方法すなわち訴訟手続上訴訟法の支配を受けます。そのゆえに「訴訟上の意義における請求」というのであります。

ヘルウィックは、ワッハがその理論の出発点を訴訟法上の請求においたのに対し、理論体系構築のため訴訟対象をもってその中心課題としております。それには訴訟対象をもって普通法時代の事件 *die Sache* と解することが根底となり、さらにそれを法規範化して把握するいわば法律的事件像とでもいうべき構想に立つものといえましょう。かかる立場において、まずワッハに追随して、私法上の請求権とは異別の訴訟法上の請求をもって訴訟対象と規定した。しかしそれには理論的推移があり、最後にはそれをもって訴訟上の意義における請求といい、訴訟において行使さるべき実体権なることを論証したのであります。

それはそれとして、彼の立場、すなわち法律的事件像を構想した立場においては、請求の原因もまた訴訟対象の一部を構成しなければならない。この請求原因については、普通法以来の通説は、これをもって事実 *factum* としております。また1877年の民事訴訟法の規定する訴状の必要的記載事項としての *Grund des Anspruchs*, すなわち請求の原因(230条2項2号)について、理由書によれば「権利の基礎となる事実」*Rechtsbegründenden Tatsachen* と

いうことになります。しかしヘルウィックはワッハにならい、この請求原因事実について個別化説をとり、法律要件事実、すなわち単なる社会事実ではなくして一定の法律要件を満たすべき事実、法律事実としてそれを記載すべきものとしております。しかし原告により求められたる裁判を条件付けるところのものが本質的に訴訟上の問題であるといひまして、実体法上の法律要件事実、すなわち請求原因と併せて構成要件理論をば訴訟理論の領域に正当なる地位をもつものと主張いたしまして、これ等を訴訟対象論にとり入れ、請求と請求原因を構成要件理論にて連結する訴訟対象論、訴訟の目的論を構築しました。それは請求の原因たる法律要件事実を前立 antecedent、請求を後立 consequent におくことであって、この場合前立は請求の実体を指すのであるから、後立の請求は、その実現、すなわち訴訟は権利実現の場であるから、請求の実現とは、請求の機能の面を現わすことになる。それを端的に表示して「権利主張」という。要するに訴訟対象、「訴訟の目的」は、「訴訟上の請求」であるが、それを「請求原因」と「権利主張」とに分かついわゆる二肢説である。前者は訴訟における審理の対象、また後者は判決対象となる。

かくしてヘルウィックは、訴訟対象を中心課題として請求と請求原因とを連結した。要するに歴史的所与である訴訟対象、請求、並びに請求の原因の三者を一体として訴訟理論体系を構築したのであります。(1) 「訴訟の目的」、すなわち「訴訟上の請求」の公式を樹立したのであります。(2) 訴訟上の請求概念を構成し、それが私法上の請求権とは異別のものであることを論証した法規範的「訴訟の目的」論、(3) 「請求原因」を個別化し、さらに請求を「権利主張」として把握するとともに、他方この両者を法律要件理論により連結することにより二肢説「訴訟の目的」理論を構成したのであります。(4) ヘルウィックは、訴訟法上の請求に実体法的モメントの内在を認める。したがってそれは二元観訴訟理論であり、かつ実体法と訴訟法の交錯する請求原因論に、理論すなわち学説の重点がおかれることになる。この点次に述べるシュタインと対蹠的關係にあります。(5) ヘルウィックが導入した訴訟要件理論は、リスト的な、事実重点をおく構成要件理論である。したがって判

決構成論としては、ワッハと同じく具体的訴権説に属する権利保護請求権説の水準を突破することができなかった。またリスト的構成要件論は、インスティットゥチオネンシステムの私法体系に対応するものであり、ドイツ民法のごときパンデクテンシステムの抽象的な法体系とは融合せざるものがあります。同じく二元観ではあるが、筆者の総合二元観の域にまで未だ到達せざるものである。ゆえにそれを対立の前期二元観と称しております。

3 シュタイン

次はシュタインであるが、シュタインは、1903年に有名な権利保護要件論 (Stein, *Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes*) を公刊し、また1900年以降、有名なガウプの民事訴訟法註釈書 (*Die deutsche Civilprozessordnung für das deutsche Reich*) の改訂を引受けたのであるが、1906年、その第8, 9版においては、著しく彼の所説が現われております。これ等により、シュタインの学説を要約するならば、シュタインは、訴訟対象をもって「訴訟法上の意義における請求」としております。しかしてそれは「判決の対象」として「私法上の請求」よりその内包が拡大されているとしております。すなわち給付、確認、創設請求の三者であります。

シュタインは、訴訟理論の実体法理よりの独立性を主張しております。現在では、訴訟制度を規制するものは、アクチオ制の系譜を引く実体法原理ではなくして、訴訟法の原理であらねばならない。したがって、「訴訟の目的」は、「判決の対象」であるから、それがどのようなものであるかは、判決の形式に従い訴訟の立場 *Prozessuale Gehalt* からそれは規制される。しかして判決には給付判決（給付命令）、確認判決（権利関係の確定）並びに創設判決（権利関係を創設または否定する裁判官の行為）があり、これらを通観するならば、民訴訟においては、これ等の「請求」すなわち「訴」に共通する「訴訟の対象」すなわち「訴訟の目的」としては、実体法上の構成要件に基く法効果とすべきである (5. Aufl., Bd. I, s. 510)。ここにいう「判決の対象」としての法効果は、実体法上の権利、請求権、権利関係、ないし裁判官の行為を求める

権利資格 *Berechtigung* 即ち訴権に内蔵し得るところのものである (s. 57)。

次に請求原因については、シュタインはドイツ普通法以来の伝統に従い、事実説に属し、訴の申立を理由あらしめる事実の総体であるとしております。これをもって権利を根拠付ける事実 *Rechtsbegründenden Tatsache* といいます (s. 58)。すなわち構成要件事実化ないしそれ以前の社会的事実を指すのであります。ヘルウィックのごとく法律要件化した事実すなわち法律事実を指す立場のものを *Individualisierungstheorie* (個別化説) というのに対し、このシュタインの系列に属する立場のものをば *Substanziierungstheorie* (実体化説) と名称しております。

要するにシュタインは、ヘルウィックと同じく「訴訟の目的」すなわち「訴訟法上の請求」(シュタイン初期の学説)となし、私法上の請求もしくは請求権とは異別のもとなす点において一致します。しかしヘルウィックと異なり、専ら判決の対象として取り上げたため、実体法上の法律要件といいながら、訴訟法的性格を付することとなり、「訴訟法上の意義における請求」というのであります。結果的にはガウプ註釈書に「請求」とあるのを「法効果」に改めたに過ぎないことになったのであります。また他方、請求原因については個別化説を排して実体化説をとったので請求原因は「単なる事実」(*Faktum*)ということになる。したがって訴訟の目的論としては、二肢説をとってはいるが、請求の原因は判決の資料、すなわち裁判において認定せらるべき事実に過ぎないことになり、少なくとも判決すなわち申立に対する裁判の対象には属しないということになるのであります。さらに個別化説をとらないがゆえに、「請求原因」と「請求」すなわち「法効果」とを連結するために *Tatbestandslehre* をここに持込むことができない関係にあります。しかしてこの間隙を充填するものが、ワッハの権利保護請求権説を裁判理論に展開せしめた権利保護要件理論なのであります。

シュタインのいう権利保護要件とは、原告が勝訴の判決をうけるがための請求の諸要件であって、何がそれに属するかは判決の場所並びに時における訴訟法によりて定まるといふ。すなわち、何をもって権利保護要件とするか

は判決（原告勝訴）の要件として訴訟法理によりこれを定めるというにあります。しかし「判決の対象」すなわち「訴訟の目的」が実体法上の構成要件をもって法効果というのであるから権利保護要件とは、少なくともその主要部分が実体法上の法律要件事実ということになります。シュタインの理論には、権利保護要件理論の名の下に実体法上の Tatbestandslehre が導入されているのであります。しかして判決の要件としての公法的性格をもつ権利保護要件に、何故に、またいかなる理論的根拠をもって実体法上の構成要件が組み込まれているかという点については、ついに何等の説明がなされていないのであります。

4 法条競合と請求権競合論

訴訟にタートベシュタントレーレ (Tatbestandslehre 構成要件理論) が導入せられると、それに伴って法条競合、請求権競合の問題が生ずる。このタートベシュタントレーレは、事実と法規範分離の法制の下、すなわち具体的にはインスティツチオネンシステムの法律成立の時に於いて、この両者、すなわち事実と法規範の連結の理論として現われたのであります。

そもそも法体系の基本原則としては、一事実、一法規範、一法効果というのが法規範と事実との連結のあるべき姿ということになります。法体系上、法規範がオーバーラップした場合につき一般法・特別法の規制の存するものもその故であります。この法体系上の一般法・特別法の関係のほか、法の適用の場面でも事実と法規範と分離の法制の下では、その結合の場面において同じく法条のオーバーラップ、すなわち同一事実につき数個の法条の妥当する場面が生ずるのであります。これを規制し一事実、一法規範、一法効果の原理を貫かしむるものが法条競合、請求権競合の理論なのであります。

然らば法条競合 (Gesetz-konkurrenz)、請求権競合 (Anspruchs-konkurrenz) とはどのような理論であるか。

(1) 法条競合 同一事実につき数個の法条の競合する場合、その内の一法条の妥当を認め、他の適用を排除する理論である。特定の事実には特定の

法条が連結するという趣旨のものであり、アクチオ的色彩が濃厚に残存する理論である。従ってアクチオ的法律関係、すなわち事実と法規範と密着しておる法律関係、たとえば、特殊慣行、伝統の諸制度の場合、特定の法規のみが妥当し、他の法規の妥当、すなわち適用を排除する。かくして一事実、一法規、一法効果という、タートベシュタントレーレの構造に適應する原理を貫く。

(2) 請求権競合 同一事実につき数個の法条の適用、したがってタートベシュタントレーレによる数個の法効果の成立を法理的に承認する。しかし法理的に成立する数個の法効果の内そのいずれの一個を事実の世界において実現せしめるか、換言すれば、それに実効性をもたしめるかは、訴訟の段階における操作に任せている。すなわち訴の併合における選択的併合、予備的併合等、また執行の段階における、条件付執行等の手続によらしめている。これは制定法たる民法の原理、特に事実と法規範の完全分離を前提とする、パンデクテンシステム民法原理を貫ける理論であります。

以上、法条競合並びに請求権競合論は、訴訟上の請求の個数のほか、その範囲並びに同一性について著しく結論を異にする。そのため本来民法学の問題であるが、訴訟法学者も大いにこれに関心をもっておるのであって、この問題はいわば実体法学、訴訟法学との間に横たわる学際問題 (Interdisziplinäres Problem) なのである。しかし、訴訟法学者の中には、もっぱらこの法条競合、並びに請求権競合の問題をば訴訟法の立場から論ずるものもある。例えばヘルウィックの法条競合、あるいは Sachverhalt の理論の一部などそれである。それはそれとして、この法条競合論並びに請求権競合論の間には、その理論の出発点並びにその立論の目的において異なるものが存するのであります。

法条競合は、法体系の領域間に介在し、タートベシュタントレーレ適用以前の問題である。しかし一事件、一法規、一法効果という、さかのぼればアクチオ的法理をもって、実体法体系と訴訟法体系とを連結することに帰着する。これに対し請求権競合はタートベシュタントレーレ適用以後の問題で

ある。法規は、権利を創造するという民法の原理の上に、法規競合の場合、複数権利の成立を承認する立場において、同一事実よりタートベシュタントレーレにより法理的に複数法効果、すなわち複数の権利の成立する場合、一個の法効果すなわち一個の権利に実効性をもたしめる。すなわち事実上に成立を認めることを目的とする理論なのである。

次に実体法典としてインスティトゥチオネンシステムとパンデクテンシステムとの間には、事実と法規範との分離関係に段階的差異がある。したがって法条競合並びに請求権競合の理論も、それぞれの体系において同一ではあり得ない。すなわち実体法のあり方により異ならざるを得ないのであります。異なれる実体法体系内部におけるこれ等理論構造の差異については、細かくそれぞれ検討を要するものがあり、また多くの学説があるのでありますが、巨視的にその相互関係を通観しその格差を見出すならば、大体において次の如くいえるのであります。

(1) *stare decisis* 判例拘束主義　これは英米法制であるが未だ事実と法規範との分離が完全ではありません。したがってこの法体系の下においては、もっぱら法条競合として現われます。請求権競合は、条例法 *statute law* について存し得る可能性があるにとどまると考えられます。

(2) インスティトゥチオネンシステム　フランス民法典がこれであります。この体系においては、事実と法規範が一応分離したが、なおその分離が完全でないという段階であります。法条競合と請求権競合とは、ともに存在し得る。しかし多くは、法条競合となるということができましよう。すなわち事実と法規範との分離しない *coutume* 的性格の諸制度並びに訴権的構成をもつ法規については、法条競合の関係が存する。その他の新たな制定法とみられる部分には、請求権競合も存し得るのであると考えられます。

(3) パンデクテンシステム　日独民法典がこの段階にあります。この法体系においては、事実と法規範が完全に分離し、法典は抽象的規範の体系となっております。したがって法規範競合の場合には、原則的には請求権競合と見るべきものであります。ただ例外的・特殊なる場合においてのみ法条

競合が成立すると考えるべきであります。

以上述ぶるが如く、法条競合並びに請求権競合の理論は、タートベシュタントレーレを中心とし、それに附随して、実体法と訴訟法との両体系を結ぶ理論における調和の役割を演じてきたのであります。そこで訴訟法の領域においても、タートベシュタントレーレとともにこの法条競合並びに請求権競合論が実体法の解釈理論とともに導入されたのであります。しかして訴訟対象すなわち訴訟法上の請求という公式の確立とともに、訴訟法学固有の問題がそれに絡むでクローズアップしてきたのであります。それは、訴訟の目的の個数・範囲、その同一性の問題であります。元来タートベシュタントレーレをはじめとし、請求権競合並びに法条競合論は、ともに実体法理に属するのでありまして、これ等は本来請求の個数のみが問題となる。ただし私法学は、法効果の同一性のみを問題とするからであります（国土館大創立50年記念論文集308頁註16）。請求の範囲・同一性ということは、私法学の関せざるところなのであります。しかし訴訟法学は、この法条競合、請求権競合の理論により訴訟上の請求、すなわち訴訟の目的の個数のほか、その範囲並びに同一性の問題をもこれにより解決しようとしたのであります。これは民法と異なる目的のものであります。しかして訴訟の段階においては次の如き特殊の事情が加わりますが、これ等は、いずれも実体法学のタッチせざるところのものであります。まず第一に、それは実体法上の請求とは異なる「起シタル請求」についての問題となるということでありまして、この「起シタル請求」につき、法条競合並びに請求権競合の理論により、一事件の審判の範囲を適切に限定しようとする意図が所論の背景に加わる。しかも「起シタル請求」の範囲は、当事者、時として裁判所の意思が加わる。これ等の諸点を考慮して訴訟法独自の立場において、これ等の競合理論の訴訟法的修正を試みてきたのであります。

あ と が き

父は論文を書くとき、予め相当詳細なメモを作成し、これによって原稿を録音テープに吹き込んだ上、それを助手に復文させ、その原稿に手を入れるという方法をとっていた。

本稿は、故人が国立台湾大学の蔡章麟教授の祝賀論文集に寄稿すべく、録音テープに吹き込んだものを復文した形における論文である（記録によれば本稿Ⅰ、Ⅱの部分は昭和49年6月23日に、Ⅲの部分は同年7月14日に録音したものである）。父は、本稿と並行して、さきに国士館法学第8号に掲載した「“訴訟の目的”その巨視的研究」を執筆しており、それが完成したら、この原稿にも手を入れるよう予定を立てていたのだが、遂にそのことがなされないままに終わってしまった。本人が生きていれば、本稿も、おそらくその原型をとどめないまでに手を入れられたものと思う。このように、本稿は、いわば未完成の作品であるが、国士館大学比較法制研究所が紀要を刊行するに当たり、貴重な紙面を提供して下さるとの厚意あるお申し出のあったのを機会とし、了解し難い若干の個所に手を加え、引用されている外国の文献を補充した上、印刷に付することとした。

この論文には、はじめ「訴訟上の請求、起したる請求、その範囲、個数並びに同一性」という表題がつけられていた。おそらく、その表題にふさわしい論述を構想していたものと考えられる。しかし、録音に残された原稿は、それとはややニュアンスの異なったものになっている。故人の意図を忖度しつつ、表記のように表題を改めることとした。

昭和51年6月

中 村 英 郎